



甲第155号証

末弘嚴太郎 創刊

法律時報

1929年(昭和4年)12月21日第3種郵便物認可/2011年1月1日発行(毎月1回1日発行)

ISSN0387-3420

JANUARY/2011
VOL.83 NO.1

2011年83巻1号
通巻1030号

1

■特集 相続と財産法理論

相続と財産法理論——企画の趣旨……門広乃里子

相続法と民法総則……椿 寿夫

債権法改正と相続法……近江幸治

相続回復請求権……星野 茂

権利・義務・法的地位の相続性と移転性……椿久美子

遺産管理における家族法的側面と財産法的側面……吉井啓子

遺産分割と共有物分割……佐藤啓子

相続と第三者保護……前田 泰

対談

行政事件訴訟の展望を語る……園部逸夫・斎藤 驥

新連載

イギリ又憲法の実像——その歴史的文脈・1……戒能通厚

民法改正を考える

「代理」規律改正のための基本コンセプト私案……伊藤 進

■小特集＝裁判員裁判と未必の故意

……松宮孝明・玄 守道・半田靖史・笠井 治・星周一郎

生物多様性保護がつくる社会 [法律時評]……畠山武道

日本評論社

法律時報

The Horitsu Jihō

1 月号 JANUARY/2011 VOL.83 No.1/1030

CONTENTS

【法律時評】
生物多様性保護がもつくる社会……畠山武道 1

■特集

相続と財産法理論

- 相続と財産法理論——企画の趣旨……門広乃里子 4
相続法と民法総則……椿 寿夫 7
債権法改正と相続法……近江幸治 13
相続回復請求権……星野 茂 21
権利・義務・法的地位の相続性と移転性……椿久美子 26
遺産管理における家族法的側面と財産法的側面……吉井啓子 33
遺産分割と共有物分割……佐藤啓子 39
相続と第三者保護……前田 泰 44

●対談
行政事件訴訟の展望を語る……園部逸夫・斎藤 曉 52

●新連載
イギリス憲法の実像——その歴史的文脈・1……戒能通厚 62

●民法改正を考える21
「代理」規律改正のための基本コンセプト私案——人の「代理」研究者からの提案……伊藤 進 69

裁判員裁判と未必の故意

- 「裁判員裁判と未必の故意」を問題とする視点……松宮孝明 80
未必の故意とは何か？——概念、学説、司法研究報告書基準の検討……玄・守道 84
裁判員裁判の判決書からみた「殺意」概念……半田靖史 89
問題点の抽出と解決の方向性について……笠井 裕 99
英米における故意（殺意）の概念とその認定……星周一郎 102

【B&Aレビュー】

三保学・菅豊・井上真編著 『ローカル・コミュニティの可能性』……高村学人 104

葛野尋之 「社会的迷惑行為のハイブリット型規制と適正手続」●刑事法学の動き
……生田勝義 106

【民事判例研究】

錯誤無効による各給付の返還義務に関する同時履行の抗弁と信義則による制限
……濱田絵美 110

【特別刑法判例研究】

公職選挙法における金銭供与約束罪および事前運動罪にいう「選挙運動」の認定
……野村健太郎 114

【労働判例研究】

職業安定法や労働者派遣法に反する派遣実態の法的評価、そして各当事者間の
契約内容〈形成〉の当否——松下プラズマディスプレイ（VPSコ）事件……紺屋博昭 118

【史料の窓】

鈴木貫太郎侍従長と田中義一首相の辞任……黒沢文貴 扉

最高裁判例紹介……122

新法令解説……126

文獻月報・判例評釈……129

文獻略語表……155

メモランダム……163

■対談

行政事件訴訟の展望を語る

園部逸夫・斎藤 驍

1 司法改革としての行政事件訴訟法
改正の意義

斎藤 行政事件訴訟法の改正は当時、非常に反響を呼びましたが、2005（平成17）年4月に施行され、5年が過ぎました。同年12月7日に小田急線連続立体交差（高架化）都市計画事業認可処分取消請求訴訟の大法廷判決（民集99巻10号2645頁）が行われ、これまた当時も注目されていたし、今でも裁判あるいは法学だけではなく、いろいろな分野に影響を及ぼしたり、議論の対象になっています。国会では行政事件訴訟法が改正されるたびに、5年をめぐって見直しを行うということもあります。そこで行政事件訴訟法改正の意義あるいは役割から始め、それと小田急大法廷判決がどう絡むのかということ話を進めてみたいと思います。

行政事件訴訟法の改正は単なる法律の改正ではなく、「改革」という名前に値するかどうかは別として、司法改革の一連の変化の中で行われた一つの状況です。司法改革については裁判員制度の導入などいろいろありますが、いま振り返ってみていかがですか。

園部 司法改革はいったい何を目的にしたのかということですが、おおきな目的は、国民の裁判所、司法に対する参加、いかに国民を司法に近づけるかということで、その一つは裁判員制度に結びつきます。裁判員制度が、本当に国民参加の形として成功しつつあるかどうかは、議論がいろいろあります。裁判員制度も3年たつと見直すことができ

るようになっており、いずれにしても試行錯誤でやるということです。もう一つは法科大学院です。弁護士をなるべく増やすためには法科大学院をつくらなければいけない。裁判員制度は始まって間がないので、その成果がどうかを議論するには早いかもありませんが、法科大学院のほうはかなり問題点が明らかになってきています。

そこへ行政事件訴訟法の改正を入れ込んだわけです。司法改革ではあまり目立たないけれども、このことは学界や実務界ではかなり注目されていたことは間違いありません。そこでなぜ行政事件訴訟法の改正をしなければならなかったのかについて、斎藤さんの感想を述べていただければと思います。

斎藤 司法改革は「裁判、司法に対する国民の参加」がうたい文句であり、逆に言えばそういうことが言われなければならぬような閉鎖的な裁判が日本では行われていました。そこで行政訴訟という、いちばん権力や行政と直接かかわり、それをコントロールする、事件を裁く行政事件訴訟法をきちんと変えないと、国民が裁判に参加し、その主権を行使することなどほできないわけです。国民参加、国民主権を実質的に担保するものとして、行政事件訴訟法の改正は非常に重要な位置を占めていたのではないかと思います。

裁判員制度やロー・スクールについてはいろいろな見方がありますが、一つの大きな破たんが見えている。それに対し、行政事件訴訟法はどうだろうか。その改正はどうだったのか。それが国民に近づける裁判になっているのだろうかという点、これはなかなか微妙な問題があり、少なくと

も私は単純にいま評価をすることは慎むべきである。というのは小田急の大法廷判決が、その後に行政事件訴訟法の改正を受けた形で出ています。ですから、行政事件訴訟法の改正と小田急の大法廷判決をセットにして有機的にとらえないかと、あの改正の意義は十分わからないのではないかと思っているわけです。

行政事件訴訟法の改正のポイントは、いちばんはまず裁判に参加する資格、つまり原告適格です。原告適格は行政事件訴訟法9条の取り扱いをめぐり、結果として行われたのは9条2項の考慮事項が付け加えられ、そのことにより、裁判所の門戸が今までよりははるかに広がった、あるいはなり得ると言われました。それが第一です。

第二は、裁判所の門戸を開いたとしても裁判の本身がよくならなければならない。よくなるというのは、国民の権利や利益がきちんと守られる、今まで無視されてきたような権利が守られる。その中にはいろいろありますが、一つの大きなポイントは生活環境あるいは環境利益というようなものについて、裁判所に対しラピッドをして、裁判所がきちんと審理をしてくれ、行政に対する裁判所の裁量統制がきちんと行き届くようなものにするための改革であったはずなんです。

これが私どもの理解であり、当時の衆議院にしようでも参議院にしても国会における、少なくとも法務委員会の討論ではそういう期待が寄せられていました。行政事件訴訟法の改正のいちばんの要は原告適格と裁量統制にある。そう私は思うのですが、いかがでしょうか。

2 「行政訴訟60年」の中での行政訴訟法改正

園部 私が行政訴訟に関心をもったのは、もうずいぶん古い話です。先日、東京弁護士会の弁護士に対する行政法研修で「私と行政訴訟60年」と言う題目になっていましたので、60年は長いのではないかと言いました(笑)。「いや、いろいろ合わせて60年になるんじゃないですか」「そんなことを言っても、21歳から行政訴訟というのをおかしいだろう」と言いました(笑)。大学で行政法を勉強したのはちょうど60年前ですから、それ

からずっと行政事件、行政訴訟といろいろな意味でかかわって来たことは事実です。学界の側からもかかわったし、実務のほうからもかかわってきただけです。

当初は行政事件訴訟特例法(1948年~1962年)という時代でした。そもそも行政事件は、基本的に裁判所の民事部で扱います。大きな裁判所では専門部、あるいは集中部を置いているけれども、全国の地方裁判所は、民事部で民事事件の中に行政事件を入れ込んでいるわけです。

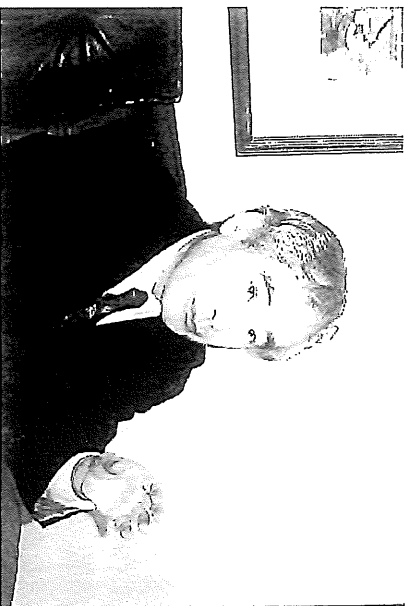
したがって、民事の裁判官は、自分が扱う事件の中に行政事件が入ってくる。そのときには行政事件に特例の法律がある。民事訴訟の特例としての行政事件訴訟特例法、というのが、最初の出発点でした。

特例は出訴期間と執行停止に対する内閣総理大臣の異議。特例法以前は内閣総理大臣の異議もなかったのですが、要するに出訴期間をどうするかというところから始まりました。あとは基本的に民事訴訟、それでやれると思ったわけです。実際は、行政庁の処分に対する抗告訴訟ですから、民事や刑事の抗告審に似ていますかね。

ところが、行政訴訟というものは難しいものだなってきて、もう少し独立させようではないかというてつづいたのが行政事件訴訟法(1962年)です。これはかなり条文も増えました。しかし増えたと言いつつ、やはり原告は一般私人で、被告は行政庁という行政部門のいわば中心的官庁です。それを相手にすること、形は民事訴訟に似ているけれども、結局、特例的なものをいろいろつくらないと行政訴訟は進歩しない。そこでもう一度司法改革のときに、原告の権利、利益をいかに守るかという観点から、つまりそれだけ大衆、民衆の参加をできるだけ広げるという意味で、行政事件訴訟法の改正が行われました。

問題は、ほかの普通の民法や商法の場合は長い歴史があり、明治時代から基本的なスタンスはあまり変わっていません。その間にくたぐさんの判例が出てきて、裁判所としては民法そのものを見なぐても判例に従っていれば、だいたいやっていけるといいうぐらいたまっています。

戦後60年たっている間に行政事件訴訟は、実質的に裁判すべきものはそれほど数は多くなかった



さいとう・ぎょう氏
1939年生れ。1963年東京大学経済学部卒、同年司法試験合格。1966年東京弁護士会登録(18期)。1967年公安条例条件付許可処分執行停止申立事件の違憲決定(杉本良吉裁判長)を得て以来、公安事件、労働事件と共に行政事件を手掛けるようになる。鹿島臨海工業地帯開発土地収用委員会、六価クロム職業病公害訴訟、望雲酸化物(NNOX)環境基準緩和取消訴訟、小田急線連続立体交差都市計画事業認可取消訴訟、羽澤カーブーン開発許可差止請求訴訟等の環境行政訴訟を遂行中。最近の編著として、『住民には法を創る権利がある』(日本評論社、2006年)。

と思います。したがって判例も、通常の民事訴訟、刑事訴訟に比べればずっと少ないわけですが。裁判官にとってみれば自信を持って行政事件を扱うという雰囲気、必ずしも全国に広まっていはいなかった。私も東京地裁、東京高裁、それから前橋地裁での経験ですが、行政事件を一種怖いもの扱いをして、簡単には触れてはならん、通常の民事訴訟とは違うという雰囲気、ずっと裁判所にもありました。

そういう中でそれでは法律をどこにかく変えていこう。ところが阿部泰隆さんが、「判例時報」の誌上(判例時報2087号164頁)で言われるように、2005年の行政事件訴訟法の改正は基本的な問題があった。なぜ間違っていたかという点、運用面で裁判所を信頼して、これだけの規定を置いておけば裁判所がもっと行政事件を扱うのに、国民がもっとアクセスできるような判例をつくってくれるだろう。そのため出発点として今度の改正があり、もう5年近くなりませんが、必ずしもあの改正で期待したような実務の展開は、あまり広がらなかった。

小田急の問題については斎藤さんがもっと詳しくお話になっていただけたと思いますが、私はそのように考えています。

3 小田急大法廷判決の意義

斎藤 そういう意味では、行政訴訟特有の問題がいろいろ研究されたと言いつつながら、なお日本の研究は立ち後れていますよね。

園部 それはそうです。

斎藤 ドイツの行政法の考え方のオットー・マイヤーとか、あるいは政治的に言えばマックス・ウェーバーとか、いろいろな考え方がありますが、そういうものを超えて今の日本の市民社会にふさわしい学問として、十分発達してこなかったのだろう。そのことが行政事件訴訟法の改正という、モチーフはともかくとして、結果としては園部さんが言われるように十分機能していない。もちろん国民にきちんとした権利や利益が存在しているという話になりますが、原告適格あるいは裁量統制が裁判によって守られるという新しい状況ができたとは、残念ながらもまだ言えない。

ただ、それにしては法改正が行われた同じ年の12月7日の小田急の大法廷判決に対しては、私の整理によれば対照的な二つの見解があると思います。一つは、従来の判例の公式である法律上の利益説を温存させているという意味で、基本的には積極的に評価することが困難であるという考え方が一方にあります。

もう一つはそうではなく、小田急大法廷判決は法律上の利益説を形の上では残しながら、換骨奪胎した側面が明らかにある。つまり法律上の利益説を形の上ではとっていても、中身として、特に連続立体は小田急の都市計画事業です。連続立体という非常に巨大な、予算規模としては1兆円という規模の公共事業の高架鉄道の沿線住民ですから、たいへんな数になります。この事件のケースで言えば、小田急の南北1kmの範囲、鉄道の距離で6.4km、約12万平米(12ha)に5万3000世帯ぐらいが住んでいます。一家の平均が何人か計算が難しいですが、仮に3人としても15万人の人が事業の影響を受けます。そういう前提の下で、なおかつその人たちに原告適格があるという判断をしたわけですから、これは従来の判例の基準から言うところと違った違いになります。そういう人たちが、



そのべ・いとお氏

1929年生れ、京都大学法学部卒業、京都大学法学部助教授を経て、1970年東京地裁・高裁、前橋地裁判事、その後最高裁上席調査官（行政）、筑波大学教授、成蹊大学教授などを歴任。1989年～1999年最高裁判所判事。現在弁護士、立命館大学客員教授。主著として、『行政手続の法理』（有斐閣、1969）、『現代行政法の展望』（日本評論社、1969）、『現代行政と行政訴訟』（私文堂、1987）、『裁判行政法講話』（日本評論社、1988）、『オン・アズ・ア・マン』（共著）（私文堂、1989）、『最高裁判所十年』（有斐閣、2001）『皇室制度を考える』（中央公論新社、2007）など。

なぜ原告適格があるのかということについてです。命が危なくなるといったら当然あるかもしれませんが。原発の「もんじゅ」などはそうです。命や健康、病気になるという被害ではなく、生活環境というもった広がりのあるものとしてとらえ、生活環境に対する被害も、そこに著しい被害が生じ得る。そういうことで15万以上の人たちの原告適格を認めたということは、かつてないことです。

實際上、抗告訴訟は主観訴訟だと言われているが、主観訴訟においては範囲を特定・限定し、明確であることが必要だというのが従来の考え方です。それをそうではなく、生活環境についての再評価、新しい評価をしながら門戸を広げた。それを具体的に裏付けたのは都市計画法という、その法律の解釈を大転換した。つまり、1999（平成11）年というこの判決のわずか6年前の環状6号線の道路に関する都市計画事業ですが、その事業認可取消訴訟における第一小法廷平11・11・25（判時1698号66頁）の判断は、平成11年判決と言われ、強い影響力を持っていました。その威力は、小田急の第一審判決で事業認可を取り消して住民勝訴の判決を下した藤山雅行裁判官も従わざるを得なかった、そういう強い官廳的統制力を持っていたわけです。

小田急大法廷判決は、平成11年判決の都市計画法の解釈は基本的に間違っている、そういう判断だというのが、私の理解です。その理由は、平成11年判決も都市計画法の条文などをいろいろ引き、小田急の大法廷判決と一見似ています。しかし中味は正反対です。小田急判決は、都市計画法の目的と理念から始まり、住民参加に至るまで全部紹介をして、さらにその上で公害対策基本法、環境アセスメント条例まで引用して、結局その全体を見たときに都市計画法の趣旨は、単に一般の公益を守るだけではなく、一人ひとりの市民の個別的利益を守る。その両方の目的を持っているという解釈を導き、極めて多数の人々に原告適格を認めるという結論になっているのだと思います。法律上の利益説の換骨奪胎をやったと先ほど言いましたが、法律上の利益説は法律の趣旨がどうかということですから、園部さんは小田急の大法廷の審理において、実体法の解釈の転換が非常に

重要だと力説しておられましたが、その実体法の解釈の転換を裁判所、つまり大法廷がやってくれた。

園部 阿部さんはどう言われるのですか。小田急の判決については、少し違う考え方を持っておられるのですか。

斎藤 阿部さんも評価された一人だと思います。ただ、公法学界のキャリアのある諸君の中に大法廷判決を正解していない人がいるのは残念です。法律上の利益説という公式を維持したことはよくない。そこまではいいのですが、実は小田急の大法廷判決は法律上の利益説を形式的には採用しながら、都市計画法あるいは公害対策基本法という現代を代表する実体法の解釈を大転換させ、原告適格を導いているわけです。

4 自己運動する言葉

園部 学者の言い方は、もともと「法律上の利益」という考え方がおかしいということだったのですね。「法律上の利益」ということが実定法に明確に規定されている（行訴法9条1項）。そもそもの出発点が、「法律上の利益」というのはおかしいじゃないか。そういう考え方の人もいるわけ

ですね。

斎藤 います。まだかなりあるわけです。

正確に言うところあります。第一は、法律上の利益説を維持したことがよくないという考え方。第二は、それはよくないかもしれないけれども、小田急大法廷判決で擁骨奪胎され、原告適格論は変わった、実体法の解釈の転換により裁判所で変えることができるのだという考え方。第三は、非常に保守的な裁判官がまだ抱いている、法律上の利益説、万能論です。

園部 第三は実定法上、きちんと規定がないといけないのでしょうか。

斎藤 そうです。

園部 これは最も古典的な法律上の利益説です。

斎藤 そういうクラシックな議論を、今の東京地裁の行政部で50歳前後の優秀な諸君が裁判長をやっているわけです。

残念なことに最近の浅草の浅草寺の判決（東京地判2010・10・15）などを見ると、これは第2民事部ですが、景観利益というものは法律上、保護すべき客観的な利益ではあるけれども、原告適格を裏付けるような利益ではない。なぜならば建築基準法は、そういうことを保護する規定もないし、目的にもしていない。見事な絵に描いたような法律上の利益説です。

園部 それは今の裁判所で言えば、誠に優等生の答案です。私は「法律上の利益」という言葉自体に、何か裁判官を惑わすものがあると感じています。「法律上の利益」は学説的な出発点があるわけで、それを実定法の問題としていきなり移し替えてしまうと、裁判官にとってはすごく狭いわけです。法律上、規定されていなければいけない、目に見えるごとく規定されていなければいけないわけです。それは、原告適格を認めないほうの理屈としては利用されやすいものです。

ただ、「法律上の利益」は学問的に言うと、そういう、堅苦しいものではありません。しかし、行政事件を裁くのは民事の裁判官ですから、民事の裁判官にそれをうまく頭の中に入れ込み、法律上の利益はそんなに堅苦しいものではないことを知ってもらうには、相応まだ時間がかかる。

斎藤 確かに園部さんのおっしゃるとおりで、

一種の言葉が自己運動をする。東京地裁の第2部に裁判長で杉本良吉さんという方がおられました。まさに私の駆け出しのころのことです。

彼は、行政事件訴訟法についての教科書も書いています。そこで彼が展開している「法律上の利益」は、園部さんが言われたようにそれほど堅苦しいものではありません。実際に今ではタプー視されている行政処分執行停止を行いました。国会周辺でのデモを禁止する行政処分は、憲法違反だということでは彼はばっさりその執行を停止しました（東京地決1967【昭42】・7・10行集18巻7号855頁、翌7・11東京地決で内閣総理大臣の異議に基づき執行停止決定を取り消し【行集同893頁】）。

これはまさに時代であり、当時の佐藤栄作総理大臣が何回か異議申立てをしましたが、市民のほうでそれ以上にたくさん執行停止の申立てをしたものですから、結局、佐藤さん自身も異議の申立てができなくなり、杉本決定が生きるようになりました。

そういう状況も、いつときまでありました。ところが、1971年あたりから司法反動と言われる現象が起き、法律上の利益説が非常に硬直したものになってきたのではないのでしょうか。ただ、いざれにしても「法律上の利益」という自己運動するような言葉を、園部さんの言われるように、まさに言葉そのものも変える必要はあるかもしれません。

園部 杉本良吉さんは、法務省から裁判所に来られてから急にかなり進歩的な決定などをされた。それから、教科書訴訟などいろいろ関わっておられます。例の『行政事件訴訟法の解説』は、当時の最高裁の行政局の関係者が書いた案によっておられます。

杉本さんは私が東京地裁の民事2部に入ったときの前任の裁判長で、私は直接関係ありませんが、その後、それを継いだのが最高裁で調査官を長くなさっておられた渡部吉隆さんです。彼は裁判所の中では、労働法、行政法の大家で、その方が私の所属した民事2部の裁判長でした。

1970（昭45）年10月14日に、国立市の歩道橋の架設工事の施工の停止を求める訴訟の決定がありました（行集21巻10号1187頁）。私は右陪席で一緒に緒したからよく知っていますが、どうして国立市

が作ろうとしている歩道橋を執行停止するのか。そのときにどういう意見だったかという点、近くの人は階段を上がり、また下りていく横断歩道橋は、非常に不便なことだと通行権を主張していました。そこで通行権が、法律上の利益かどうかという問題になりました。通行権はどこで保護されているのかは別として、少なくとも法的に保護されているのではないか。つまり階段を上がらないで、真つすぐ横断できる権利があるのではないかというところから始まったわけですが、あの訴訟そのものは横断歩道橋を中心に同心円を描いていくと、実際の原告はかなり遠い人が多くいました。歩道橋を使う人はあまりいなくて、遠くのほうから原告として入ってきたわけです。これはちょっと無理だということで、本案ではだめになりましたが、少なくとも執行停止決定のときには通行権というものを持ち出して議論をしており、すでに1970年からそういう議論がありました。

通行権は法律上、具体的には定められているわけではないのですが、広い意味の権利でしょう。それが「法律上の利益」であるか、ないかは置いておき、とにかく歩道橋を通らないで道路を渡る権利があってもいいではないか。「法律上の利益」はあまりこだわると、行政訴訟で多くはいわゆる原告適格で却下されてしまう。これが問題です。

5 分析思考の監路

齋藤 もう一つは、小田急の大法廷判決のいいところですが、一部の裁判官は公益と私益、一般的利益と個別的利益、英語で言えばパブリック・プロフィットとプライベート・プロフィットをセパレートして考えます。つなげて考えないで、これは公益を守る法律だ、これは私益を守る法律だと、ふるい分けをしてきた。そういう機械的な考え方はだめだ。都市計画法は公益も大事だけれども、個々人の都市の市民の健康で文化的な生活、あるいは都市環境を享受する利益、そういうものも併せて保護しているのだ。こうして公益と私益をつながりを持つものとしてとらえて、判断している点です。

渡部さんや杉本さんはそういう理屈は言わなか

ったけれども、センスとしてはつなげて考えました。つなげて考えていたから「法律上の利益」という言葉が、いわば幅の広いものとして理解されていました。

しかし、それがいつの間にか機械的に分離されている。そういうことではない。有機的にそこは統一してとらえるというレベルで、実体法を解釈していくべきだ。だからこの判決文の対象は都市計画法だけれども、あらゆる法律の解釈に当たり留意すべきメモンを示している。その点がすごい判決だと、私は評価します。

園部 公益と私益を分けるというのは、これまた実に単純明快だけれども、本当は単純なことではない。私益の集まりが公益でもあるわけですから、公益から私益に移るには濃淡の差があります。はつきりこちらは真つ赤で、こちらは真つ白という、そんな公益、私益はありません。公益という言葉をすぐ行政訴訟では言うのですが、よほど考えないと排除の論理にまっすぐしてしまいます。公益でないものはだめ、法律上の利益でないものはだめ。そしてパワパッと切り裂いて分けようという、排除の論理としては非常に使いやすいけれども、理論としては難しくなっています。裁判官が苦労する問題です。

いわゆる車券売り場事件でも、車券売り場を使いたい人もたくさんいます。これは公益かどうか知らないけれども、数で言うと圧倒的に多いわけです。ところが、周りに住んでいる人は数からいうと少ないし、一般的なその辺に住んでいる人を全部保護すると何もうまくれないじゃないか。車券売り場は公益だ。これも公益か本当かどうかかわからないけれども、一応そういう分け方をしますから、そうすると何か金科玉条のようなものができてしまう。公益や法律上の利益という、この金科玉条を解釈で緩めつつ、よい前例をつかっていかないと、行政事件訴訟法はカチカチな法律になってしまいます。それはこれからの判例の発展に期待したいところです。

齋藤 そうですね、ここはとてまた大事なことだと考えています。2009（平21）年10月15日の第一小法廷判決（民集63巻8号1711頁）の競輪場の車券売り場、これも生活環境は基本的には公益だ。まずそこから始まるわけです。要するに公益だ。

だから周りの者は文句を言うな。例外的に何か手がかりがあれば別だけれど、文句が言えないのが原則だ。この判決は我々に言わせれば、公私を機械的にセパレートしているという意味において、小田急の大法廷判決に対する判例違反です。

公法学界の学者の方も、そういう傾向がないとは言えないと思います。やはり分離してしまおう。昔の言葉で哲学的に言えば、発想に弁証法がない。モザイクのように切り分けてしまおう。切り分けることが学問だという一種の分析思考、だからどんどん議論が細かくなります。それで一般の市民などは、行政法の本を読んでも何が問題かわからないわけです。

ところが、それより前の、園部さんの世代の研究者は違います。例えば憲法と行政法と両方やっておられる奥平康弘さんあるいは原田尚彦さんなど、名前はそのぐらいいしておきますが、いずれにしても何を言おうとしているのかわかります。

6 行政訴訟の在り方

園部 やはり戦後のいろいろな改革を直接経験している人は、今のようなくっきりし定規なことはあまり言いません。なぜ日本の行政訴訟はこう変わってきたのかということ、実際に体験していますから、戦後の学者としてはどうあるべきだという一つの目標があるわけです。

話は横にそれますが、行政法は戦前から公法ですから、公の利益を守るために行政法はずっと続いてきたわけです。行政法と公法のいろいろな処分に不服のある者は裁判所に訴えるのですが、民事裁判所であっても、行政事件であれば、それは行政裁判所です。行政裁判所は普通の裁判所でも、特別の裁判所でも、功罪はあります。行政裁判所には、本来の形態としては、行政の経験のある人や通常の裁判官などがいろいろ入り、いわば行政よりも裁判所のほうが上にあります。行政裁判所とはそういうものでした。建設省で言えば河川局長などを落ませて引退した人が、今度は一段上がり、行政裁判所で自分の後輩のやっていることを、「それはおかしいじゃないか」という観点から、裁判をするわけです。それは経験もある

し、発言する場所も上位ですから、ある意味では効率的です。

沢田竹治郎さんは行政裁判所の長官をしていた有名な人で、のちに最高裁の初代の裁判官になりました。行政裁判所の長官が、昔のそういう制度の人が、なぜ最高裁判所に入ったか。それはエピソードがあります。

戦争中、彼は荻窪に住んでいました。私も荻窪のお屋敷に伺ったことがあります。戦争中、隣組が集まりがありますね。彼は戦争が終わるころに、「この戦争、負けるよ」と言ってしまった。そこに在郷軍人なども来ていて、「沢田竹治郎はけしからん。隣組で日本は負けると発言した」ということで、治安維持法違反とすることで、沢田行政裁判所評定官を逮捕したわけです。そのうちに戦争が終わり沢田さんは、釈放されて行政裁判所長官となりました。気骨のある評定官とすることで、最高裁判事に任命されたのです。

私がまだ若いころに、沢田さんは公法学会に出て来られ、懇親会の際に「このごろの行政訴訟は時間とカネばかりかかってためた。我々のときはもっと早く、もっと安く、どんどんやったものだ」と話され、そう言われても、戦後の人たちは行政裁判所のことを知らないから、「へえ、そんなものかな」というわけです(笑)。

行政裁判所が徹底的に悪者扱いをされてしまった。確かに日本は一つ、紀尾井町にしかなくったので、遠くから上京して東京の行政裁判所に訴えたわけです。ドイツのように各州にあり、連邦の行政裁判所もあり、日本とは違うわけですが、新憲法の下、通常の裁判所に行政裁判権を与えてしまいました。果たしてそれが、本当の意味の民主的な、国民のためになる改革であったかどうかはわかりません。なぜならば、アメリカにも行政訴訟があります。アメリカの行政訴訟は基本的に行政委員会の手続を経ています。行政委員会は行政庁の人が入ってきますが、委員会です。そこでアメリカでは行政手続法が発達していて、委員会制度による行政手続がアメリカの行政の基本的なあり方です。むしろアメリカの方式を入れるのであれば、それをきちんと入れるべきでした。

ところが日本は行政手続法もなかなかできないし、行政委員会がどんどん廃止されてしまい、と

うとう最後に残っていた公正取引委員会のそういう機能まで危なくなってきた(改正状況については、林秀弥「平成22年独占禁止法改正法案の検討」(新世代法政策学研究8号197頁)参照)。委員会も裁判的な形でないといけません。アメリカはadministrative law judgeが行政庁の中にいて、行政処分をするについては必ず行政委員会が関与します。行政不服審査手続に審理官を置くということが考えられているようですが、アメリカ方式に似ています。日本の行政訴訟はアメリカとも違う、ドイツとも違う、ましてフランスとも違う。これは日本独特の制度で、民事裁判所で行政訴訟をやるためには、それなりのきちんとした土台をつくらないといけない。それは阿部さんも言っているように、行政訴訟っていったい何なのだとすることを、もう一遍考え直さないといけない。それが今度の見直しにつながれば、たいへんいいと思います。

齋藤 そうですね。日本の場合は行政委員会、例えば中央労働委員会等いろいろあり、活躍した時期もありました。いま機能はまひしています。

園部 すっかり変貌しましたね。

齋藤 そういう意味で言うと、まず行政訴訟ですね。それはいったい何なのだという基本的な疑問を裁判官自身も持っていないといけない。

園部 持っていないといけない。

齋藤 そしてもっと多くの裁判官が、行政訴訟に取り組むようにする。

園部 僕は、そういう専門家ができていいと思います。例えば知財の場合は、知財高等裁判所があります。あれは専門的な難しい問題を扱いますから、一般の裁判官では無理です。だから知財でやっているわけです。

これは改革論で申し訳ないけれど、それと同じように全国の裁判所が行政事件を扱わなくても、東京や名古屋など全国にいくつかある高裁所在地の地裁に行政専門部を設ける。今は交通も発達していますから、地方の裁判所に行政事件訴訟の権限をいちいち与えなくても、国民の声は十分届くと思います。そしてそこにある程度、専門的な裁判官を置くことにより、効率的にいい判例が地裁、高裁の段階で出てくると思います。

それを最高裁が受け取るということでない、殊に税法の事件などは、専門的で難しく、裁判官

だから誰でもわかるという問題ではなく、ずいぶん時間もかかる。

そういう意味で司法改革は、それほどドラマステイックな改革でなくともいいけれども、制度を見直す一つの時期でした。実際そういう改革について目をつぶっていては、本当の意味で国民を救済する行政事件の裁判所は、今の組織と手続では難しいだろうと私は思っています。

7 行政法学を作る者

齋藤 それは逆に言うと、そういう裁判官を育てるためにも、まさに国民主権という考え方、視点から、有効な、あるいはプロフェッショナルな批判ができる弁護士集団が出てこないためですね。

園部 そうです。

齋藤 それが日本の場合には残念ながらもまだ少ない。もちろん公法学界の方もいろいろ研究したり、努力しておられます。

しかし、かつてのような威力を裁判所に対して持っていません。つまりひとつところは、学者の判例評釈が裁判官は怖かった。ところが今は愛にそういうことがなくなっしまい、裁判官のほうに自信を持って学者の意見を軽視する傾向があります。これは非常によくないことです。学者も弁護士も軽視にする。特に行政訴訟をやっている裁判官は、今の裁判所の中ではエリートですから、とかくそういうことがある。

我々は弁護士なので、そういうことがないように裁判批判、行政訴訟批判がきちんとできる。しかも批判をするといっても、外野からの批判ではだめです。内在的な批判ができる。少なくとも僕らはそのように心がけてきたつもりで、そういう流れが小田急の大法廷判決以降は少し出てきています。結局、そういうものを支えるのは市民の運動です。市民の運動が一つの原動力になります。

園部 確かに、あまり広げると民衆訴訟に近づくと、これも困るのですが、民衆訴訟ではない、個人が争う行政訴訟をきちんと確立する。たまたま個人がたくさんいるというのであれば、これは形ができるのですが、ただ、数をそろえて

いくというだけではいけない。これは斎藤さんのような、行政訴訟に練達した弁護士をもっとつuckingかなければいけない。

ただ、行政訴訟は費用はかかるけれども、一向にペイをしないということで、若干社会奉仕的な感覚を持たないと行政訴訟の弁護士はできないというの、これはまた困ったことです。その辺は行政訴訟専門の法律事務所がもう少しできていいのですが、今の裁判所のどちらかというところ防衛的な姿勢を、裁判所に行政訴訟を肯定的には入れ込ませないという雰囲気は基本的にあり、「誰でもいらっしやい」という雰囲気ではありません。だからこれは非常にやりづらいいと思います。

そこは先ほどの私の持論である、行政裁判所的な裁判所を設けるべきだということが一つ。それから、民事の関係は弁護士が心得ているから弁護士に相談すればいいのですが、今の行政訴訟法、行政法は非常に専門的です。つまり行政法は日本の行政に関する法で、何も行政訴訟だけがあるわけではありません。専門的な行政官僚が難しい法律をたくさんつくりますから、これもなかなか読んですぐわかるというものではなく、専門的な知識がなければいけない。

しかも学者のほうはだんだんと行政実務からも、裁判実務からも遠ざかってしまう。しかも法科大学院には法律実務家が入っていますから、純粹の研究対象としての行政法学がだんだん浮き上がってきます。もちろん判例研究は熱心にやっておられますが、その判例研究がまた裁判官に受け入れられるようなものでないと、どうせ学者は反対するに決まっていますとか、そんな簡単なことで受け止められても困るわけです。そこに学者、裁判官と弁護士等の、広い意味での共同作業は必要だと思えます。

斎藤　そこは、ある意味でいちばん大事どころだと思えます。行政法学は誰がつくるのかというところ、それは三位一体だと思います。学者、弁護士そして裁判官、この三者できちんとつucking。

園部　それはいいことです。それと行政官僚ですわ。

斎藤　もちろんそこに官僚が入ってきます。官僚の諸君とも、まさにデニスカッションできると

いう関係をつくらなければいけない。我々は弁護士で、園部さんは学者ですから、学者と弁護士の役割はとても大事でしょうね。

園部　役割としてはとても大事でしょう。ただ、学者が常に野党的であればいいということではないです。いわば与党的であり、野党的であり、常に客観的であり、そして法律実務家に受け入れられるような議論をしていかないと、だんだん遠ざかってしまいます。殊に法科大学院に実務家の先生がどんどん入ってくると、純粹の学者との間に亀裂を生じてしまう。いわゆる昔の法学部の教授という感は、だんだんなくなってしまう、それはそれでよいのですが。

斎藤　そうですね。きょう、その議論はメインテーマではないわけですが。

園部　そうそう、だんだん横へそれてしまった(笑)。

斎藤　学問というものが生きた形で存在しないと、結局、裁判もよくなるらない。我々ももちろん進歩しない。大学が生きた学問をする場所でないなりつつある。

園部　そうですね。アメリカの場合は、ロー・スクールはみんなケースブックといって、法律よりも判例を研究するだけです。全部判例や関連の学説です。

斎藤　基本的に言えば学問と関係ないわけでしょう。
園部　それをいかに覚え込むか、いかに教え込むかをやっています。行政法哲学のようなものあまり広めてしまうと、だんだんずれてきて、「学者の言っていることは空理空論だ」とならないようにしないといけないと思います。

斎藤　古い言葉になりますが、理論と実践ということは今の研究者あるいは裁判官にしても、職業意識があるだけであまり頭にありません。そうではない職業意識あるいは分業意識などを乗り越えた、一つの知識人としてののつながりをお互いに持ち得るような、そういうものを特に行政法の分野では権力を取り扱うわけですから、その権力をどのようにすべきか、あるいはどういふものであるべきか。

そのことについて、逆に言えば考える学問だから行政法が面白いわけです。例えば税金をどうや

って取り立てるか、その手続はどうなっているかということだけをミクロ的にやっても、役人の足元にも及ばないということになってしまいます。

8 まとめ

齋藤 今の行政訴訟のホットな問題点を歴史的なことから、行政事件訴訟法の見直しを控え、今の段階で直すべきこと、あるいは理解しておくべきこと、お話ししてきました。

判例についても小田急大法廷判決を、学者の方あるいは裁判官の方にもよく読んでいただきたいと思えます。町田颯さんの補足意見も、なかなか含蓄に富んだものです。泉徳治さんをはじめとする少数意見はすべられたものですし、それから、対談の中では言い忘れましたが、一昨年の浜松の区画整理の大法廷判決（最大判2008〔平20〕・9・10民集62巻8号2029頁）ですね。その中で特に泉徳治さんの補足意見は、原告適格、処分性、いずれにしてもよく整理されています。逆に言えば小田急の

大法廷判決は、一昨年までは確実に生きていたということだと思います。去年はっきりおかしいのが一つ、小法廷だけ出てきた。そして、東京地裁の行政部に、一部表現されつつある。原告適格（行訴法9条）だけでもなく、裁量統制（行訴法10条1項）においても、法律上の利益の解釈について同様の問題があります。気を付けなければならぬことです。大局的には小田急大法廷判決の流れを止めることは出来ないと思います。

園部 東の間の喜びであった（笑）。とはならないように望みたいですね。私は、日本の裁判官の良心的な苦悩を体感して来ましたから。その意味で、高木光さん（「行政処分における考慮事項」法曹時報62巻8号1頁）の裁判官の「マニュアル依存」という「仮説」と研究者の側の実務の「使用に耐える」理論の提供の必要性という指摘（25頁）に共感を覚えます。

（了）

労働法

【季刊労働法ご購入のご案内】
各号 2,310円（送料：200円）
年間定期購読 9,240円（年間購読の場合は送料サービス）
4,000円以上まとめてご購入の場合は送料無料にてお届け

■231号 特集・これからの有期・派遣・請負

第2特集 個別労働紛争の実態とその処理

【シンポジウム】労働審判制度の実情と課題を探る
菅野和夫 渡辺 弘 石澤正通 村上陽子 石崎信憲 鵜飼良昭

■230号 特集・パワハラの現実的解決に向けて

第2特集 公務における自立的労使関係

■229号 特集・民法改正議論と労働法

山口浩一郎 加藤雅信 水口洋介 和田一郎

第2特集 5年目を迎えた労働審判の課題

特集以外にも研究論文、判例解説などを掲載。



〒162-0812

東京都新宿区西五軒町 8-10

TEL 03-3235-1861 FAX 03-3235-1865

rkk@roundou-kk.co.jp

<http://www.roundou-kk.co.jp>

ご注文は書店、HP、お電話にてお願いします。